

EL ACTA NOTARIAL DE LA JUNTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Juan Sánchez-Calero Guilarte*
Blanca Villanueva García-Pomareda**

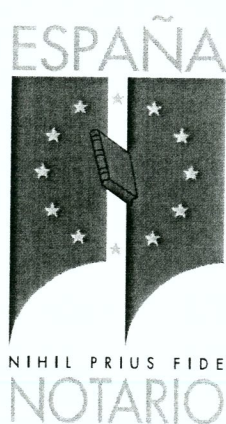
Publicado en:

Cuadernos de Derecho y Comercio nº 55, junio de 2011, pp. 99-123
ISSN 15757-4812

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

** Licenciada en Derecho 2009
Universidad Complutense
Abogada
bvillanueva@sanchezcalero.com

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>



Cuadernos
de
Derecho
y
Comercio
55

Junio de 2011

Consejo General del Notariado

EL ACTA NOTARIAL DE LA JUNTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

JUAN SÁNCHEZ-CALERO

*Catedrático de Derecho mercantil
Universidad Complutense*

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

*Licenciada en Derecho 2009
Universidad Complutense
Abogada*

RESUMEN

En el sistema legal vigente se reserva a los administradores la facultad o el deber de requerir la presencia de un notario para que levante acta de la Junta. El trabajo analiza algunos casos en los que se plantea la posibilidad de aceptar que la intervención del notario se haga sin requerimiento de los administradores. Esta posibilidad se rechaza por considerarla ilícita y porque permite que, amparándose en la existencia de un acta notarial, se convaliden Juntas y acuerdos viciados.

Palabras clave: Sociedades anónimas, Junta general, acta, acta notarial.

ABSTRACT

The current legal system endows directors with the right or the duty to request the presence of a notary public to keep the minutes of the shareholders meeting. This paper examines some cases in which the possibility to admit the intervention of a notary without a request by the directors is raised. Such possibility is repealed as illicit as it could provide cover for void meetings and resolutions under notarial minutes.

Key words: Corporations, shareholders meeting, minutes, notarial minutes.

SUMARIO: I.—EL SISTEMA LEGAL: LAS REGLAS DE SOBRE EL REQUERIMIENTO DEL ACTA NOTARIAL DE LA JUNTA. 1. Antecedentes y fundamentos de la solución vigente. 2. La trampa de la fe pública. II.—EL VALOR DEL ACTA NOTARIAL. III.—REQUERIMIENTO DE ACTA NOTARIAL Y CONVOCATORIA JUDICIAL DE LA JUNTA. IV.—LA STS DE 4 DE JUNIO DE 2009. V.—EL DEBER DE REQUERIR LA PRESENCIA NOTARIAL Y ALGUNAS HIPÓTESIS DE SU INCUMPLIMIENTO. VI.—LA IGNORANCIA DELIBERADA DE LA SOLICITUD DEL ACCIONISTA. 1. Falta de acta notarial y eficacia de la Junta y de sus acuerdos. 2. Anotación preventiva de la solicitud de acta notarial. 3. Los requerimientos de uno o más accionistas en la Junta. 4. La sanción al incumplimiento de los administradores: la acción de responsabilidad. VII.—LA REALIZACIÓN DE UN REQUERIMIENTO AL NOTARIO DEFICIENTE O INCOMPLETO. VIII.—¿ES SUBSANABLE UN REQUERIMIENTO DEFICIENTE EN EL MARCO DE LA JUNTA? 1. La especificidad del acta notarial de la Junta universal. 2. La invalidez del requerimiento «*subsidiario*» de uno o más accionistas. 3. El «*requerimiento*» del presidente de la Junta. 4. El acuerdo sobrevenido a favor de requerir el levantamiento inmediato del acta notarial. 5. El notario como secretario. 6. Rechazo de «*alternativas*» al artículo 203 LSC.

I. EL SISTEMA LEGAL: LAS REGLAS SOBRE EL REQUERIMIENTO DEL ACTA NOTARIAL DE LA JUNTA

1. Antecedentes y fundamentos de la solución vigente

En nuestro Derecho de sociedades, el levantamiento de un acta notarial que tenga la consideración jurídica de acta de la Junta es una circunstancia tradicional y habitual. La atención normativa a esa modalidad de formalización del desarrollo de la Junta y de plasmación de los acuerdos adoptados se corresponde con el amplio recurso que en la vida societaria se produce del acta notarial. El requerimiento a un notario a esos efectos se ha convertido en una solución tópica en todo tipo de sociedades, con habitualidad ante situaciones de conflicto o tensión societaria en las que interesa contar con un medio de prueba cualificado del devenir de la Junta. En el caso de las grandes sociedades, la intervención notarial se produce esencialmente a partir del interés de los propios administradores por dejar adecuada constancia de una reunión que afecta a una pluralidad de sujetos, muchos de ellos ausentes, siendo además una consecuencia de la Junta la inmediata trascendencia que, como hechos relevantes, merecerán los acuerdos adoptados. En estas sociedades, puede decirse que es una actuación preventiva, que conjura el acaecimiento de problemas vinculados con la documentación del desarrollo de la Junta y que, por ello, merece una expresa mención en el propio anuncio de la convocatoria¹.

¹ Algunas sociedades españolas incluyen en el Reglamento de la Junta general que el acta será en todo caso notarial y que se requerirá a un notario a elección del Consejo de administración. Véase, a título de ejemplo, el Reglamento de la Junta general de Endesa, S. A., cuyo artículo 21.2 establece: «2. *El acta de la Junta será notarial y no necesitará la aprobación de los asistentes. A tal efecto, el Consejo de Administración acordará requerir a un notario de su elección para el levantamiento del acta*»; e igualmente, el Reglamento de la Junta general del Banco Santander, S. A. En cuanto a la convocatoria, establece su artículo 4.2: «2. *Los administradores requerirán la*

Frente al carácter impreciso que, en cuanto a su significado jurídico societario, cobraba la frecuente presencia de un notario en una Junta bajo la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951², la posterior Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (en adelante, LSA de 1989) revistió al acta notarial de una vestidura de normalidad³. La expresión del cambio legislativo la encontrábamos en el derogado artículo 114 LSA de 1989, que estableció los principios conforme a los cuales, según concluía su apartado segundo, «*el acta notarial tendrá la consideración de acta de la Junta*». El vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, LSC) se refiere al acta notarial en el artículo 203, cuyo contenido es resultado de la refundición de los derogados artículos 114 LSA y 55 LSRL. En este precepto, al que nos referiremos más detalladamente, también se manifiesta el especial interés contenido en la exposición de motivos de realizar una «*generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital*».

El otorgamiento de esa modalidad de acta no se reservó en la LSA de 1989, ni en la LSC, para Juntas especiales o extraordinarias o para aquéllas con un determinado contenido, ni siquiera para aquellas sociedades que así lo tuvieran establecido en sus estatutos⁴, sino que esa normalidad (entendida como generalidad) se subrayó al limitar el otorgamiento de la misma a un único requisito: el de la legitimación y competencia para solicitar el levantamiento del acta. Están legitimados a esos efectos los administradores. Lo están, además, en términos muy amplios. Podrán requerir la intervención del notario cuando lo juzguen conveniente para que se levante acta de cualquier Junta: ordinaria, extraordinaria o universal.

Los mismos administradores están, sin embargo, obligados a formular ese requerimiento cuando lo hubieren reclamado accionistas con una participación igual o superior al 1 por 100 del capital social. Se trata de un genuino derecho

presencia de notario para que levante acta de la Junta General». Con relación al acta, véase el artículo 25: «*El acta notarial tendrá la consideración de acta de la Junta y no necesitará la aprobación por ésta*».

² Vid. sobre las actas notariales RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Madrid (1988), pp. 100 y ss., en donde ya destacaba la solución adoptada por algunos ordenamientos a la hora de imponer el acta notarial en relación con Juntas que debieran decidir en asuntos de especial importancia.

³ Sobre el acta notarial, vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, cit., pp. 101 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta general en las sociedades de capital*, Madrid (2007), pp. 331 y ss., y la doctrina científica, jurisprudencial y registral allí recogida; RUEDA MARTÍNEZ, J. A. «Artículo 114», en AA VV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas 2* (coords. Arroyo, I.-Embid, J. M.), Madrid (2009), pp. 1156 y ss.

⁴ ANDRINO, M.: «Especificación formal de los acuerdos en la Sociedad Anónima», AAMN, t. XXX, vol. II (Madrid, 1991), pp. 149 y ss.

de la minoría⁵, traducido en una norma imperativa y que, por tanto, no admite alteración estatutaria⁶. De tan precisas reglas contenidas en el derogado artículo 114.1 LSA y en el actual artículo 203.1 LSC resulta esa doble legitimación para decidir que el acta de la Junta sea levantada por un notario, pero una competencia exclusiva para hacer el correspondiente requerimiento: la reconocida a favor de los administradores. Éstos podrán requerir esa intervención cuando la juzguen conforme al interés social, mientras que deberán hacerlo cuando se lo soliciten los accionistas legitimados con la antelación de cinco días con respecto a la celebración de la Junta. Ese poder de ciertos accionistas de pedir la presencia de un notario reclama la colaboración de los administradores. Una colaboración necesaria, que los administradores no pueden negar una vez constatado que el solicitante es titular del expresado porcentaje y que su solicitud se ha hecho tempestivamente. Debemos mencionar el artículo 3 del Reglamento Notarial (en adelante, RN), que establece que: «*El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados*». También reconoce este principio de actuación a instancia de parte para las actas el artículo 198.1 del RN⁷.

En materia de actas de Juntas, el concepto de sujeto interesado puede incluir tanto al legitimado para exigir que se levante acta notarial como al legitimado para rogar al notario. El primero, son los accionistas que representen al menos el 1 por 100 del capital social y el órgano de administración, mientras que el legitimado para requerir al notario es tan sólo el órgano de administración.

El sistema legal aparece claramente establecido. Recuerda, con las lógicas matizaciones, la regulación de la convocatoria. La regla principal es la de los artículos 167 y 168 LSC, cuyo ámbito de aplicación se extiende a las Juntas de los distintos tipos de sociedades de capital. Porque los administradores pueden convocar la Junta cuando, en ejercicio de su diligente consideración, «*lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales*», mientras que deberán hacerlo cuando así lo soliciten accionistas legitimados a partir de la tenencia de una determinada participación —esta vez, el 5 por 100— del capital social. El sistema es similar al del requerimiento del acta notarial: sólo los administradores pueden convocar la Junta. Esa competencia podrán ejercitarla cuando lo consideren oportuno para la marcha de la vida social, pero deberán hacerlo cuando les requiera un accionista legitimado. La iniciativa de la convocatoria es también un derecho de minoría.

⁵ Al respecto, *vid.* JUSTE MENCÍA, J.: *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Cizur Menor (1995), pp. 339 y ss.

⁶ Resolución DGRN 4 de julio de 1995 (RJ 1995, 5571).

⁷ *Vid.* SOLÍS VILLA, C./MORILLO, F. J.: «Comentario al artículo 198.1 RN», en AA VV: *Nueva legislación notarial comentada*, t. I, Colegio Notarial de Madrid (2007), pp. 558-559.

El régimen legal del acta notarial se inspiró en el de la convocatoria de la Junta, como evidencia, además, que en ocasiones merezcan un tratamiento normativo conjunto (cfr. art. 104 RRM). Mas esa común y acertada inspiración encuentra su razón de ser en que uno y otro acto (convocatoria y requerimiento de acta notarial) presentan una cercanía temporal o, incluso, un acaecimiento simultáneo. Es lo que sucede con el acuerdo del órgano de administración que, a la vez que aprueba la convocatoria y su publicación, hace lo propio con el requerimiento a un notario. O lo que acredita el ya citado anuncio de la convocatoria, que junto con el orden del día y demás menciones legalmente exigibles incorpora la decisión de los administradores de solicitar la intervención de un notario para el levantamiento del acta.

Los accionistas titulares de, al menos, el 5 por 100 del capital social están legitimados para solicitar el complemento de la convocatoria. No hay razón alguna para hacer que coincida esa solicitud con la correspondiente de acta notarial. Se trata de facultades autónomas que se reconocen a la minoría, que pueden ejercitarse de manera acumulada. E igualmente es claro que haber solicitado anteriormente el complemento de convocatoria (en el plazo marcado por el art. 172.1 LSC) no impide que el mismo accionista solicite posteriormente (respetando esta vez el plazo del art. 203 LSC) el levantamiento del acta notarial de la Junta.

2. La trampa de la fe pública

A pesar de la destacada claridad del sistema legal contenida antes en la LSA de 1989 y hoy en la LSC, una observación de la realidad jurídica acredita que surgen situaciones donde las que aparecen como inequívocas reglas de funcionamiento dan lugar a interpretaciones que convalidan soluciones distintas con respecto al acta notarial. Esa realidad la encontramos descrita en algunas sentencias y resoluciones a las que se hará posteriormente referencia.

Mas con carácter general, lo que ponen de manifiesto esos casos es hasta qué punto una interpretación errónea del régimen legal —de sus disposiciones y de sus reales o supuestas lagunas— puede tener un efecto radicalmente contrario al pretendido por la Ley. Ese efecto pasa por convertir la intervención notarial en relación con una Junta general en el factor que sirve para intentar y, a veces conseguir, que prosperen situaciones ilícitas. El problema se ha descrito de forma autorizada a partir de lo que se ha dado en llamar la «trampa de la fe pública»: «*si el notario no cumple adecuadamente su función, la eficacia privilegiada que la Ley atribuye al documento se convierte en una trampa gravemente perjudicial para alguno de los interesados, normalmente para la parte débil*»⁸. Frente a la

⁸ Vid. TENA ARREGUI, R.: «Intervención notarial en la Junta de socios», en AA VV: *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales* (coords. Rodríguez Artigas/Farrando Miguel/González Castilla/Tena Arregui), Madrid (2009), pp. 67-68.

presunción general y fundada de la intervención notarial como factor de seguridad jurídica y de garantía de legalidad, ciertos casos acreditan que esa intervención genera lo que se ha descrito de manera contundente: *«la presencia del notario y el acta por él autorizada terminan respaldando la celebración de Juntas irregulares y ayudando a que sean eficaces acuerdos sociales claramente ilícitos»*.

La forma de superar esa trampa pasa sobre todo por la propia conducta del notario requerido, quien deberá tomar en especial consideración que el control del requerimiento del acta notarial de la Junta obliga a una singular exigencia, en directa relación con la trascendencia que ese documento que autoriza cobra para los intereses de la sociedad afectada, sus accionistas y terceros⁹.

II. EL VALOR DEL ACTA NOTARIAL

Antes de exponer algunos casos que hacen evidente el riesgo que implica una revisión *de facto* del sistema legal que se ha descrito, procede que nos detengamos en la razón de ser del mismo. Éste no es otro que el establecimiento de una relación congruente entre los requisitos legales que rodean el levantamiento del acta notarial y el valor que este documento cobra en el tráfico societario, que no es el común a cualquier actuación notarial, sino que cobra una significación especial. Ésta admite ser reconstruida a partir de la afirmación acogida en el vigente artículo 203.2 LSC: *«El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la Junta»*. Estamos, por tanto, ante un documento que expresa una intervención notarial revestida de una específica autoridad y que tiene una singular eficacia para los hechos que el mismo documento recoge.

El acta notarial no es un instrumento de control de la legalidad de los hechos que allí se consignan (como determina el art. 102.3 RRM)¹⁰, pero su otorgamiento sí plasma la existencia de un criterio autorizado en relación con ciertos aspectos de la Junta que suelen concitar el debate sobre la legalidad o la validez de lo actuado. Se trata, en concreto, de los hechos que al notario se le encomienda juzgar a partir de recibir el requerimiento correspondiente de *«los administradores»*

⁹ Como alerta TENA ARREGUI, *loc. cit.*: *«Conviene insistir en ello, porque esta es una diferencia fundamental con otro tipo de actas que podrían parecer próximas, como las de presencia, en las que el control a la hora de aceptar el requerimiento es mucho menos exigente, dado que su relevancia se limita a la mera constancia de lo acaecido en presencia del notario. Pero aquí no se trata de una mera acta de presencia, aquí se trata de un acta de Junta General de una sociedad, nada menos, y el control de legalidad en el requerimiento debe ser extraordinariamente riguroso, con el fin de evitar dar una apariencia de Junta a lo que no lo es, con los extraordinarios problemas que ello puede suscitar para la vida de la sociedad»*. Sobre este mismo tema, *vid.* ANDRINO: «Especificación formal de los acuerdos en la Sociedad Anónima», *cit.*, pp. 156 y ss.

¹⁰ *Vid.* PATERNOTTRE SUÁREZ, A.: *Las actas de las Juntas de accionistas*, Madrid (1994), p. 426, que recoge la opinión de ANDRINO y RODRÍGUEZ ADRADOS (nota 107) y la de ARANGUREN URRIZA (nota 108).

(art. 101.1 RRM). En un primer momento, la capacidad del requirente y la adecuada convocatoria, así como, posteriormente, aquéllos sobre los que debe dar fe una vez presente en la Junta: concurrencia de socios y capital y declaraciones sobre la válida constitución y desarrollo de las deliberaciones y acuerdos sociales.

Más allá de esas previsiones legales o reglamentarias, en el otorgamiento de toda acta notarial de una Junta concurren unas apreciaciones generales. La presencia del notario contribuye a atenuar los posibles enfrentamientos societarios (entre mayorías o entre accionistas y administradores). También se considera que su actuación está presidida por las notas de imparcialidad hacia los interesados y de fiel documentación de lo que suceda. Finalmente, el acta notarial se convierte en un documento que, sin necesidad de aprobación o refrendo ulterior, merece el reconocimiento legal de acta de la Junta y, como así menciona el artículo 203.2 LSC, permite sin más invocar su contenido para hechos tan decisivos como la ejecución de los acuerdos adoptados¹¹, la inscripción registral de los mismos cuando resulte necesaria o el ejercicio de las acciones de impugnación. El acta notarial no precisa ni la aprobación o firma de los órganos de la Junta, ni la intervención de las personas que en determinadas Juntas son designadas al efecto.

El corolario de lo anterior es claro: la aceptación del requerimiento para el levantamiento del acta notarial supone también un deber de diligencia del notario a la hora de evitar situaciones que generen confusión. Esto debe afectar de manera principal a la legitimación para formular ese requerimiento. El régimen legal no ha contemplado —ni era esa su función— la casuística —o, incluso, la picaresca— que puede rodear la formulación de ese requerimiento por quienes bajo las concretas circunstancias de cada caso pueden invocar una legitimación relativa o sobrevenida para que el notario acepte otorgar acta de la Junta. Mas ese mismo régimen ofrece unos principios y reglas que descartan que cualquier requerimiento viciado pueda prosperar y traducirse en el levantamiento del acta notarial.

El artículo 198.1.1 del RN sobre las actas notariales establece como norma general que el notario no necesitará afirmar la capacidad de los requirentes. Sin embargo, incluye una excepción, de manera que cuando se trate del ejercicio de un derecho, el notario deberá hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente¹². Ya ha quedado afirmado que el requerimiento al notario

¹¹ La STS de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600) proclama esa ejecutividad inmediata a partir del acta notarial, invocando el artículo 107 RRM. En ese caso se impugnan los acuerdos sociales por vulneración del artículo 114 LSA, ya que el notario no acudió a la Junta a pesar de que los accionistas requirieron a los administradores para ello en tiempo y forma. Sin embargo, el Tribunal consideró que la falta de notario no afectaba a la validez de los acuerdos.

¹² Vid. SOLÍS VILLA, C./MORILLO, F. J.: «Comentario artículo 198.1 RN» cit., p. 560. «Pero en los casos en que mediante el acta se ejercite un derecho —en sentido amplio, incluyendo también facultades y derechos potestativos—, la regla anterior se invierte por mor del control de legalidad que debe ejercer el notario: se requieren entonces fe de conocimiento y juicio de capacidad completo, es decir, abarcando también la legitimación del requirente».

para el levantamiento de acta de la Junta constituye un derecho exclusivo del órgano de administración, el cual podrá venir condicionado por la previa exigencia de la minoría.

Un supuesto particular viene motivado por el requerimiento que realicen los administradores afectados por el agotamiento del plazo para el que fueron nombrados. La resolución de este supuesto encuentra en la aplicación analógica del régimen de la convocatoria un posible fundamento. El requerimiento del acta notarial de la Junta deberá aceptarse a pesar de esa circunstancia cuando, vencido el plazo del nombramiento del administrador, se refiere a la Junta general siguiente o a la que debe resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior (*vid.* art. 222 LSC y art. 145 RRM). Transcurrido el plazo legal para la celebración de esta última (cfr. art. 164.1 LSC), el notario requerido, conforme al artículo 101.1 RRM, deberá «denegar ... su ministerio» por entender que no se dan los presupuestos que en materia de capacidad o, en su caso, convocatoria establece ese mismo precepto¹³. El acuerdo de convocatoria podrá estar viciado si en él participó un administrador con el cargo caducado. En todo caso, el administrador cuyo cargo se encuentre caducado no puede, en consecuencia, requerir el levantamiento del acta notarial.

III. REQUERIMIENTO DE ACTA NOTARIAL Y CONVOCATORIA JUDICIAL DE LA JUNTA

Un segundo caso especial en materia de requerimiento se da con respecto a la Junta objeto de convocatoria judicial conforme al artículo 169 LSC. Aunque no está expresamente previsto, no existe motivo contrario a la admisión de que por el juez se acuerde, de conformidad con lo solicitado por el accionista legitimado, que el acta de la Junta sea levantada por un notario, al que se designará al tiempo de nombrar el presidente de la Junta. Puede resultar cuestionable que el requerimiento al notario lo haga el juez de oficio. En primer lugar, por incurrir en una posible incongruencia *ultra petita*. En segundo, porque supone que la sociedad se ve forzada a soportar gastos que van más allá de los que derivan de la observancia estricta del artículo 169 LSC.

Frente a ello, puede argumentarse que la convocatoria judicial es una solución extraordinaria, que la norma establece ante el mal funcionamiento de los órganos sociales, que o no pueden o no quieren cumplir con el deber de convocar la Junta general ordinaria o extraordinaria. La intervención judicial repara ese defectuoso funcionamiento societario y puede estimarse razonable que, dentro de la compe-

¹³ *Vid.*, sin embargo, el supuesto tratado en la Resolución DGRN de 30 de octubre de 2009. El notario aceptó el requerimiento de levantar el acta notarial formulado por un administrador con cargo caducado, haciéndolo constar en el acta. Cuando se presentó copia de dicha acta en el Registro Mercantil fue objeto de calificación negativa. El recurso interpuesto por el administrador con cargo caducado que requirió al notario fue desestimado por la DGRN.

tencia del juez para convocar la Junta estén comprendidas cuantas medidas resulten proporcionadas para facilitar su celebración lícita y eficaz. Incluir en la resolución judicial la designación del notario al que se requiere el levantamiento del acta opera en esa dirección y, por ello, debe considerarse una actuación judicial correcta.

El poder reconocido al juez para ordenar el levantamiento del acta notarial comprende por igual la designación directa de un determinado notario, así como que se oficie al Colegio Notarial correspondiente al objeto de que se señale al juzgado la identidad de uno o más notarios (titular y suplentes) a los que trasladar el requerimiento. La neutralidad e independencia de la función notarial convalida cualquiera de las soluciones. Quizá la primera resulte más operativa y podrá fundarse en que, previas experiencias del juzgado, aconsejen requerir la designación directa de oficio de un determinado notario. Las mismas razones abonan que el juzgado acuerde esa designación directa cuando la hubieren propuesto los solicitantes.

IV. LA STS DE 4 DE JUNIO DE 2009

La validez de un acta notarial de Junta fue especialmente analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de junio de 2009¹⁴. En este caso, la impugnación se dirigía contra los acuerdos adoptados por la Junta extraordinaria celebrada con un único punto del orden del día: la destitución del administrador y posterior demandante. La demanda fue desestimada por el juzgado por sentencia que, recurrida en apelación, fue confirmada. Se interpuso recurso de casación por interés casacional sobre la base, entre otros motivos, de la infracción de los entonces vigentes artículos 113 y 114 LSA de 1989. Se señalaba en el planteamiento del motivo: *«El acta notarial no puede tener la condición de acta de la Junta cuando el artículo 114 LSA sólo faculta a los administradores para requerir la presencia del notario. Y la afirmación de que el administrador realizó un requerimiento telefónico no ha quedado acreditada, a juicio del recurrente. El notario aceptó el requerimiento de persona no facultada. El acta, pues, debió de ser aprobada conforme previene el artículo 113 LSA, y no lo fue»*.

El motivo se desestimó, en primer lugar, al reprochar al recurrente hacer supuesto de la cuestión con respecto al requerimiento al notario. El recurso alegaba un hecho distinto del apreciado por la Audiencia Provincial y compartido por el Tribunal Supremo: el administrador requirió la presencia del notario telefónicamente. Junto a esa afirmación, el fundamento jurídico quinto de la sentencia que referimos confirmó la validez del acta notarial subrayando distintas circunstancias que la habrían confirmado: *«Pero, además, hay que tener en cuenta que figura otro requirente por cuanto el ahora recurrente no asistió a la Junta, como señala la Sala de Instancia, y además el notario actuó con el beneplácito*

¹⁴ RJ 2009, 4316.

de los asistentes, sin que ninguno de ellos manifestara objeción a su presencia y a su actuación, y sin que, finalmente, se haya de olvidar que el inciso final del artículo 114.1 LSA obliga a los administradores a requerir la presencia de notario cuando lo soliciten accionistas que representen al menos el 1% del capital social». Esta posición atiende a diversas circunstancias fácticas: (i) la existencia de un requerimiento telefónico realizado por el administrador de la sociedad solicitando el levantamiento del acta notarial; (ii) la ausencia del requirente en la Junta; (iii) la existencia de un nuevo requerimiento que en el acto de la Junta hizo la misma accionista que había interesado su convocatoria, a la que el acta notarial identificó como mandataria verbal de la sociedad y que actuó como presidenta de la Junta; (iv) ninguno de los accionistas presentes se opuso a la presencia e intervención notarial al objeto de levantar el acta de la Junta. A los anteriores hechos ha de añadirse, primero, que, según recoge el fundamento segundo de la sentencia, el notario actuó como secretario de la Junta y que, segundo, según se deduce también de la sentencia, la presencia notarial habría sido requerida al administrador convocante por accionistas legitimados al efecto conforme al derogado artículo 114.1 LSA (actual art. 203.1 LSC), de lo que resultaba el deber legal de aquél de requerir la presencia del notario.

La opinión jurisprudencial expresada en la citada STS de 4 de junio de 2009 acoge la validez del acta notarial a partir de la concurrencia de una serie de circunstancias que, si bien reflejan claramente que la actuación del administrador y recurrente incurría en una evidente mala fe concretada en la ignorancia de diversos deberes legales, conducen a admitir que el requerimiento y levantamiento del acta notarial se atiendan a partir de fundamentos distintos de los que establecía de manera expresa el derogado artículo 114 LSA y el actual artículo 203 LSC. Por eso, aunque desde la perspectiva de la justicia material pueda compartirse la solución dada al caso, no puede dejar de advertirse el riesgo que conlleva la admisibilidad del acta notarial conforme al criterio plasmado en el caso señalado. A ello nos referiremos a continuación.

V. EL DEBER DE REQUERIR LA PRESENCIA NOTARIAL Y ALGUNAS HIPÓTESIS DE SU INCUMPLIMIENTO

Quedó señalado que el requerimiento al notario deviene de un deber del administrador que ha recibido oportunamente la solicitud de accionistas legitimados al efecto. El problema se plantea a partir de la conducta del obligado tendente a ignorar ese requerimiento y, por tanto, su inequívoco deber legal. El caso resuelto por la STS de 4 de junio de 2009 es paradigmático, pues se trata del requerimiento que se hace a un administrador para que convoque una Junta y requiera la presencia de un notario a la misma, siendo el único asunto del orden del día la destitución del administrador. Desobedecer los requerimientos de los accionistas implicaba mantener el cargo y el control de la sociedad.

Esa conducta rebelde ha sido prevista por el legislador en cuanto a la convocatoria, de manera que la negativa expresa o tácita de los administradores autorice a solicitar la convocatoria judicial. Falta, sin embargo, una previsión con respecto a la no realización del requerimiento del acta notarial interesada, comportamiento del órgano de administración que puede traducirse en escenarios varios, pudiendo enunciarse como más habituales los siguientes:

- a) La negativa absoluta, de manera que, llegada la fecha de la celebración de la Junta, los asistentes son informados expresamente de que el requerimiento formulado no fue atendido o advierten al comienzo de la Junta que no asiste notario alguno.
- b) La realización al notario de un requerimiento deficiente, cuyos vicios no son subsanados por los administradores requirentes.
- c) La ausencia en la Junta de los administradores, como forma de impedir la ratificación del requerimiento inicial o la subsanación del que se hizo de manera deficiente.

Es en esas situaciones o en cualesquiera similares que la realidad societaria pueda ofrecer evidenciando una observancia irregular —consciente o involuntaria— del deber de los administradores de requerir la presencia notarial, donde surgen reacciones que ponen en cuestión el sistema legal. Lo hacen, en especial, mediante el reconocimiento de la validez del requerimiento que a esos efectos se haya hecho por sujetos distintos de los administradores y por la convalidación de la aceptación notarial de ese requerimiento. Como suele decirse, el remedio puede ser peor que la enfermedad. Las circunstancias singulares de un caso, incluso las que escenifican una manifiesta injusticia, no pueden llevar a enmiendas que abran la puerta a un debilitamiento de la seguridad jurídica que subyace en el diseño normativo de la intervención notarial vinculada al levantamiento del acta de la Junta. La evitación de ese riesgo depende en gran medida de la conducta notarial. De la capacidad del requerido para dotar de efectividad a los fundamentos en los que la Ley apoya su intervención y de su firmeza a la hora de evitar contribuir en la creación de soluciones «*inventivas*», pero no por ello menos ilícitas.

VI. LA IGNORANCIA DELIBERADA DE LA SOLICITUD DEL ACCIONISTA

1. Falta de acta notarial y eficacia de la Junta y de sus acuerdos

Una primera hipótesis viene deparada por la completa desatención por parte de los administradores de la solicitud de acta notarial presentada en plazo por accionistas legitimados. Es obvio que estamos ante una infracción de un deber

legal, que carece de una sanción específica y cuyas consecuencias pueden ser diversas. Esa infracción constituirá, en una situación normal, un hecho de acreditación sencilla, dado que la solicitud a los administradores se hará mediante requerimiento notarial. No concurre esa infracción, sin embargo, cuando los administradores se abstengan de cursar la solicitud de los accionistas por haber ya acordado el requerimiento al notario a esos efectos. El objetivo de tal solicitud se habría visto satisfecho como consecuencia de la previa actuación voluntaria de los administradores. Ello explica que se cuestione el requerimiento voluntario en el anuncio de la convocatoria, de forma que los accionistas interesados en la presencia del notario ya no precisen ejercitar el derecho que les reconoce el artículo 203.1 LSC. Tal derecho recuperará, sin embargo, su efectividad en el supuesto de que el órgano de administración revoque su requerimiento al notario antes de la Junta. En ese momento, la solicitud del accionista del acta notarial recupera, sin más, su efectividad y los administradores serán responsables de la presencia del notario en la Junta. Si, al final, se produce la incomparecencia del notario, estamos ante el incumplimiento del deber legal ex artículo 203 LSC.

Con carácter general, bajo la vigencia de la LSA, las opiniones doctrinales eran unánimes en la determinación de la falta de efectos que para la propia Junta tenía esa conducta irregular de los administradores¹⁵. La falta de acta notarial no implicaba un vicio de constitución, lo que no impedía a los accionistas solicitantes formular la oportuna protesta al inicio de la Junta como presupuesto de ulteriores acciones impugnatorias o de exigencia de responsabilidad o para impedir que su silencio se entendiera como un desistimiento de la solicitud ignorada o, en fin, como una aprobación de que el acta de la Junta se redactara por el secretario, en lugar de por el notario. Por esa razón, no estaba justificada ni la petición de los accionistas para que se suspendiera la Junta, ni ese mismo acuerdo de los administradores, que podían esgrimir la situación creada por ellos como argumento que les sirviera para dilatar la celebración de la Junta y la adopción de los acuerdos que no fueran de su interés, ni del de los accionistas vinculados con los administradores.

Tampoco afectaba la falta de acta notarial a la validez y eficacia de los acuerdos de la Junta. Como señaló la STS de 5 de febrero de 2002¹⁶, la antijuricidad que afectaba a la documentación de la Junta no podía extenderse a los acuerdos adoptados. El régimen de la sociedad anónima se alejaba de la solución acogida en el de la sociedad limitada, que reforzaba la relevancia del acta notarial al establecer que, habiendo sido solicitada por los socios legitimados (los titulares del 5 por 100 del capital social), «los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial».

¹⁵ Vid., por todos, SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta general*, p. 337 y notas 59 y 60.

¹⁶ RJ 2002, 1600. Vid., en el mismo sentido, la reciente sentencia de la AP de Barcelona de 18 de junio de 2009 (JUR 2009, 419661).

La vigente LSC ha producido un acercamiento de las diferentes soluciones acogidas por la LSA de 1989 y la LSRL de 1995 en relación a los efectos de los acuerdos de la Junta que se hubieran adoptado sin la presencia notarial a pesar de la oportuna solicitud de los socios legitimados. Esta solución consiste en extender la regla de la ineficacia de los acuerdos, propia de las sociedades limitadas a las Juntas de la sociedad anónima. Una solución clara y contundente que refuerza el valor del acta notarial como protección de la minoría.

2. Anotación preventiva de la solicitud de acta notarial

La cuestión obliga a matizaciones a partir de la opción que contempla el artículo 104 RRM, consistente en permitir la anotación preventiva de la solicitud del acta notarial, que deberá realizarse a instancia de cualquier interesado, bastando con aportar el requerimiento notarial que los accionistas hicieron a los administradores en el plazo señalado en el artículo 203 LSC. La posibilidad de instar esa anotación preventiva es la que justifica que se considere como habitual que la solicitud la haga el accionista por medio del requerimiento notarial que es presupuesto formal de la anotación registral (art. 104.1, párrafo segundo, RRM). Puede solicitarse el acta de otra forma, pero ello descarta lograr esa anotación.

La regulación positiva concreta la posición ya acogida en algunas Resoluciones de la DGRN sobre la significación que merecía esa anotación preventiva de la solicitud del acta¹⁷. Se consigue por esa vía una tutela previa de la minoría que solicita la presencia del notario. El requerimiento notarial hecho a los administradores pone en marcha el deber de éstos, que no podrán alegar el cierre registral contemplado por el artículo 104.2 RRM: *«no podrán inscribirse en el Registro Mercantil los acuerdos adoptados por la Junta a que se refiera el asiento si no constan en acta notarial»*. Es una medida que debiera incitar a los administradores a cumplir con su deber, como fórmula para impedir el bloqueo de hecho de la ejecución de los acuerdos que adopta la Junta. Es, además, una previsión que opera de forma inmediata y que no permite a los administradores remitir el debate sobre su incumplimiento al siempre lento cauce de la impugnación judicial de los acuerdos, que implica un coste y una carga para los accionistas demandantes.

El cierre registral por falta de acta notarial es, sin embargo, limitado. Por una parte, es una medida revocable tan pronto como se acredite que en la Junta, en efecto, intervino un notario al objeto de levantar el acta de la Junta. Cabe pensar en que la elevación a público se base inicialmente en una certificación que omite mencionar que se levantó acta notarial de la Junta. Denegada la inscripción, el defecto quedará subsanado tan pronto como se aporte una acreditación de que el notario intervino en la Junta. El supuesto que contempla el precepto reglamen-

¹⁷ Vid. RUEDA MARTÍNEZ: «Artículo 114», p. 1163.

tario no se refiere a la celebración de una nueva Junta que, con idéntico orden del día, se limitaría a aprobar los mismos acuerdos que la primera, pero con la presencia de un notario que levantaría el acta de la misma¹⁸. La cancelación de la anotación parte de la acreditación de la presencia notarial «en la (primera) Junta» y no en una ulterior a la que no afectaría el cierre registral. La nueva Junta será autónoma y la publicidad registral de sus acuerdos no dependerá de las vicisitudes que pudieran haber impedido la correspondiente de la Junta anterior.

Por otra parte, el cierre registral está temporalmente limitado, puesto que la anotación preventiva de la solicitud del acta notarial se cancelará en todo caso una vez que hayan transcurrido tres meses. La vigencia de esa anotación obedece a la oportunidad que el cierre registral conlleva para que los acuerdos de la Junta que no pueden acceder al Registro por la falta del acta notarial puedan ser impugnados por los accionistas. En tal caso, a la anotación preventiva de la solicitud del acta notarial puede seguir idéntica anotación de la impugnación. Mas, con impugnación o sin ella, los términos reglamentarios no dejan lugar a la duda acerca de que la cancelación de la primera anotación depende del mero transcurso del plazo establecido, pudiendo realizarse a instancia de un interesado o, sencillamente, de oficio¹⁹.

3. Los requerimientos de uno o más accionistas en la Junta

La falta de presencia de un notario que debería haber sido requerida por los administradores puede llevar a proponer a un notario, presente en la Junta a instancias de un accionista, para que se encargue del levantamiento del acta. No es extraño que la celebración de ciertas Juntas implique la confluencia de distintos notarios que han sido requeridos por varios de los accionistas enfrentados. La prueba de ello la encontramos en algunas disposiciones reglamentarias, orientadas precisamente a superar esa situación. El artículo 105 RRM regula la posibilidad de otorgamiento de «*Otras actas notariales*» distintas del acta de la Junta cuyo otorgamiento habrá de adecuarse a la legislación notarial. Esas actas se refieren a hechos acaecidos en la Junta, cuya documentación notarial resultará relevante para el accionista requirente: son habituales actas relativas a hechos que puedan afectar a los derechos básicos del accionista (derecho de asistencia, información, etcétera). Pero el citado artículo contiene dos reglas imperativas e inequívocas que llevan a descartar la posibilidad de sustituir al notario ausente, encomendando el otorgamiento del acta a quien está presente en ella a instancia de algún accionista. El artículo 105.2 establece una prohibición explícita a cualquier notario distinto de aquél que fue requerido por los administradores para el levantamiento del acta de la Junta. A partir de la constancia de ese requerimiento, «no

¹⁸ Sobre esta hipótesis, vid. RUEDA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1164.

¹⁹ Vid. Resolución DGRN de 4 de mayo de 2002 (RJ 2002, 8302).

podrá ningún otro notario prestar sus servicios para constatar los hechos a que se refiere el apartado anterior», esto es, los acaecidos en el marco de la Junta. El presupuesto para esa prohibición no es la ausencia del notario, sino el simple requerimiento realizado por los administradores. El citado apartado pone de manifiesto la trascendencia del requerimiento. Por tanto, de esta manera se niega que si el notario requerido por el órgano de administración no acude a la Junta, éste pueda ser sustituido por otro asistente o requerido en el momento de la misma por el presidente o los accionistas. El acta que uno de éstos levante podrá tener el carácter de cualquiera de las actas reconocidas en el RN (arts. 198 y ss.), pero en ningún caso podrá ser acta notarial de la Junta.

Para remachar esas previsiones destinadas a evitar confusiones derivadas de la presencia de otros notarios distintos del requerido para el levantamiento del acta, el artículo 105.3 termina señalando que *«cualquier acta notarial que no sea la regulada en los artículos anteriores no tendrá la consideración de acta de la Junta»*. No se niega su condición de acta notarial (de manifestaciones, de presencia, etc.), sino su validez como acta de la Junta y, por consiguiente, que de su presentación puedan pretenderse los efectos que para ese acta reserva el ordenamiento societario²⁰.

4. La sanción al incumplimiento de los administradores: la acción de responsabilidad

El recurso que queda a los accionistas que han visto frustrada por la conducta de los administradores su pretensión de que la Junta quede documentada por medio del acta notarial es el ejercicio de la acción de responsabilidad. El ejercicio de dicha acción encuentra un claro fundamento en que nos encontramos ante un ejemplo incuestionable de incumplimiento de un deber inherente al cargo de administrador (art. 236.1 LSC), pues es manifiesto que el artículo 203.1 LSC atribuye al administrador la obligación de ejecutar el requerimiento a solicitud de los accionistas. Por el contrario, la acción social de responsabilidad por tal causa puede verse dificultada a la hora de acreditar la concurrencia de un daño y, en especial, la relación de causalidad entre éste y la ilícita desatención por los administradores del deber de requerir el acta notarial²¹. Puede adivinarse que ese requisito se dé en aquellas situaciones en las que la incomparecencia del notario provoque consecuencias (suspensión de la Junta, no inscripción de los acuerdos, etc.) que tengan un efecto lesivo directo para la sociedad. Se trata, en todo caso, de un supuesto de compleja acreditación.

²⁰ Sobre distintos tipos de actas, *vid.* GIMÉNEZ-ARNAU: *Derecho Notarial*, Pamplona (1976), pp. 723 y ss., y ÁVILA ÁLVAREZ: *Derecho Notarial 7* (abreviada), Barcelona (1990), pp. 263 y ss.

²¹ Sobre los presupuestos de la acción social de responsabilidad, por todos, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur-Menor (2007), pp. 317-329, con amplia referencia jurisprudencial.

En relación con el ejercicio de la acción individual de responsabilidad por esa misma causa, las dificultades se mantienen en cuanto a la acreditación del daño padecido por el accionista demandante y la relación del mismo con la ilícita conducta de los administradores con respecto al acta notarial²².

VII. LA REALIZACIÓN DE UN REQUERIMIENTO AL NOTARIO DEFICIENTE O INCOMPLETO

Este segundo caso es más complejo que el anterior. Enlaza con el resuelto por la STS de 4 de junio de 2009. Nos encontramos con una afectación al normal levantamiento del acta notarial que parte de un comportamiento irregular de los administradores. La irregularidad no pasaría ya por la grosera desatención de la legítima solicitud de uno o más accionistas al respecto, sino por la ejecución deficiente del deber legal del administrador. Las manifestaciones de ese defectuoso comportamiento podemos situarlas en el momento inicial del requerimiento, o en otro posterior. El primer supuesto puede consistir en obstaculizar el juicio que el notario debe hacer de la capacidad del administrador requirente.

La capacidad del requirente es competencia y responsabilidad del notario. Se trata, ante todo, de analizar la decisión del órgano de administración de la sociedad, a partir del que nace la capacidad de quien efectúe en concreto el requerimiento del levantamiento del acta. Con frecuencia, el notario requerido ya habrá intervenido en ocasiones anteriores en el otorgamiento de documentos públicos de la misma sociedad y habrá tenido ocasión de conocer y examinar la capacidad del requirente en virtud de su cargo (v. gr., administrador único) o de las facultades delegadas concedidas a su favor (consejero delegado, secretario del Consejo). Mas el requerimiento del acta obliga a la formación de un nuevo criterio notarial que ha de comenzar por el propio acuerdo de requerir su intervención. Éste debe resultar de una actuación ordinaria de los administradores, en el sentido de que se adopte un acuerdo específico al respecto. El caso más complejo será el del acuerdo del Consejo de administración. Será necesario que este órgano acredite la adopción del acuerdo en el mismo momento de la formulación del requerimiento o en otro posterior²³.

Al igual que ha sucedido con otros aspectos de las competencias de los administradores con respecto a la Junta general, cabe plantear si el requerimiento al notario a esos efectos es delegable. No lo es la propia decisión de que sea un notario el que levante el acta de la Junta, al ser ésta una función atribuida al órgano. Pero no hay problema en cuanto a la admisibilidad de que, sobre la base de una delegación permanente o de un apoderamiento especial, sea un determinado

²² Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, pp. 409-417.

²³ Vid. Resoluciones DGRN de 20 y 22 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7399 y RJ 2000, 10202).

consejero o el secretario del Consejo de Administración quienes ejerciten el requerimiento, acreditando al notario la adopción del correspondiente acuerdo, al objeto de hacer posible que éste lleve a cabo la actuación que ordena el artículo 101.1 RRM, así como el artículo 198.1 del RN, con relación a la capacidad del requirente y la legalidad de la convocatoria²⁴. Esto rige tanto cuando el requerimiento parte de los propios administradores, como cuando lo hacen por verse así obligados a partir de la solicitud de uno o más accionistas legitimados. En este último caso, el acuerdo deberá ser formalmente adoptado por el órgano de administración en la forma que corresponde a su estructura.

La segunda situación es la que resolvieron los tribunales en el caso culminado por la citada STS de 4 de junio de 2009. El notario aceptó un requerimiento inicial telefónico del administrador único, quien no asistió a la Junta (cfr. art. 180 LSC), con lo que no pudo ratificar ese requerimiento. En ese supuesto se produce una actuación doblemente ilícita de los administradores inasistentes, que tiene por finalidad obstaculizar el desarrollo de la Junta afectando a su documentación y, además, utilizar sus propios actos irregulares como fundamento de una supuesta nulidad de los acuerdos que se adopten. Las dudas surgen sobre cómo superar esa situación.

Ante todo, el comportamiento notarial es un factor determinante. Si el requerimiento inicial no satisface por razones formales o sustantivas las exigencias reglamentarias, el notario deberá rechazarlo. Si no lo hace y, a pesar de las deficiencias, acude a la Junta, abre la puerta a la exigencia de responsabilidad, salvo que en un momento previo a la iniciación de la Junta se produzca la subsanación de aquel defecto. Ahora bien, no puede desconocerse lo que implica la aceptación inicial de un requerimiento defectuoso: impide que la deficiencia se subsane oportunamente, desde luego antes de la celebración de la Junta, a la vez que remite al inicio de ésta a un previsible conflicto acerca de la validez del requerimiento inicial y de su eventual subsanación. En particular, podrá reprocharse al notario que no rechazara el requerimiento tan pronto como se le hizo, lo que hubiera obligado a los administradores a formularlo de nuevo y de manera correcta, asegurando así la presencia del notario y descartando cualquier debate al respecto.

VIII. ¿ES SUBSANABLE UN REQUERIMIENTO DEFICIENTE EN EL MARCO DE LA JUNTA?

Resulta previsible que, ante la deficiente ejecución por los administradores de su solicitud de presencia notarial, llegada la Junta los accionistas traten de corregir la situación, logrando que el notario levante el acta de la Junta. Ese intento puede concretarse en la formulación al notario presente en la Junta —sea porque

²⁴ Vid. PATERNOTRE SUÁREZ: *cit.*, pp. 396 y ss. y ANDRINO, *cit.*, pp. 106 y ss.

recibió un requerimiento incompleto o deficiente de los administradores o sea porque su presencia se debe a que acompañó cautelarmente a la Junta a algún accionista— de un nuevo requerimiento por parte de accionistas o de la propia Junta una vez constituida. La ya citada STS de 4 de junio de 2009 da una respuesta positiva a la cuestión, que creemos que debe ser analizada con cautela por lo que implica frente al régimen legal del acta notarial.

1. La especificidad del acta notarial de la Junta universal

Con carácter previo a adentrarnos en un análisis crítico de esa postura jurisprudencial, creemos que debe hacerse una previa salvedad. Los argumentos y soluciones en torno al acta notarial no son los mismos si hablamos de Junta universal o si, lo que se contempla es la Junta ordinaria o extraordinaria que se celebra en el lugar y fecha establecidos en la correspondiente convocatoria. Cuando la Junta es universal, debe reconocerse efectividad al acta notarial que se elabora a partir del unánime requerimiento que al notario realizan los accionistas con tal propósito. La posición adoptada al respecto por la DGRN debe compartirse, pero teniendo presentes las razones que la sustentan²⁵.

Esas razones parten del régimen especial de la Junta universal o, si se quiere, de las «*peculiares características*» de la misma²⁶. La Junta universal responderá a una espontánea decisión de todos los accionistas de celebrarla o a la presencia de ellos como resultado de una convocatoria informal²⁷, pero lo decisivo es que su celebración se hace depender de un doble requisito: la participación —directa o mediante representación— de la totalidad del capital social y el consentimiento unánime a favor de la celebración de la Junta (art. 178 LSC). Las razones ya expuestas a favor de la elaboración del acta notarial de la Junta mantienen su vigencia también ante la Junta universal, si bien su acaecimiento espontáneo o como derivación de una convocatoria informal obligan a adoptar una solución acorde sobre cuándo, quién y cómo podrá hacer el correspondiente requerimiento al notario. No rige para la Junta universal el sistema previsto por el artículo 203.1 LSC, puesto que éste presume que la presencia notarial se producirá en una Junta general debidamente convocada. Se dice que la solicitud del accionista deberá hacerse en un plazo previo «*al (día) previsto para la celebración de la Junta*», mientras que las normas reglamentarias son más rotundas al remitirse a la convocatoria²⁸.

²⁵ Vid. la Resolución de la DGRN de 2 de enero de 1992 (RJ 1992, 488).

²⁶ Vid. la Resolución de la DGRN de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4203), referida a Junta general de sociedad limitada.

²⁷ Sobre la naturaleza de esta modalidad de la Junta, vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta general*, pp. 156-157.

²⁸ El artículo 101 RRM impone al notario entre sus tareas iniciales la de verificar «*si la reunión ha sido convocada con los requisitos legales y estatutarios*» [apartado 1)] y señala que, una vez

La presencia del notario en la Junta universal puede obedecer a un requerimiento de los administradores, en ejercicio de la facultad que les concede el artículo 203.1 LSC. Las dudas surgen en torno a la iniciativa de los accionistas. No rige en este caso el derecho de minoría en los términos señalados por el citado precepto. Sí cabe reconocer, por el contrario, la efectividad de un requerimiento unánime de todos los presentes, titulares de la totalidad del capital social, a la hora de formular al inicio de la Junta un requerimiento en tal sentido. Si la regla de la unanimidad sirve para ordenar la Junta universal en sus aspectos fundamentales²⁹, también lo hará en lo tocante a su documentación. La celebración de la Junta o el orden del día de la misma dependen de la conformidad de todos los socios. Con mayor motivo bastará para la elaboración notarial del acta, sin que en esa decisión resulte necesaria la participación de los administradores. El notario hará constar al inicio del acta que se ha acreditado la concurrencia del 100 por 100 del capital social y el requerimiento unánime para que elabore el acta que tendrá el valor de acta de la Junta, pudiendo además reclamar esa íntegra conformidad de los accionistas al cierre del acta³⁰.

2. La invalidez del requerimiento «subsidiario» de uno o más accionistas

Volvamos a la escena de la que parte este apartado: los accionistas que asisten a la Junta convocada comprueban que no comparece un notario adecuadamente requerido conforme a lo solicitado. El hecho será probablemente denunciado por aquellos accionistas solicitantes y debiera ser explicado por los administradores presentes. Mas, superadas esas eventuales intervenciones, ¿puede solucionarse esa situación? La cuestión se responderá principalmente a partir del interés de los accionistas por contar con el acta notarial. Recordemos que la ausencia del notario, desde la vigencia de la LSC, afecta a la eficacia de los acuerdos adoptados.

Bajo la derogada LSA de 1989, el único reparo que la ejecutividad de éstos podía encontrar era la del bloqueo registral derivado de la anotación preventiva de la solicitud. Los accionistas mayoritarios que impulsaran, por ejemplo, el ejercicio de la acción social de responsabilidad y la consiguiente separación de los administradores afrontaban la paradoja de que la desobediencia por éstos últimos de su deber de requerir la presencia del notario se volvía contra los accionistas y contra la propia sociedad, puesto que ni la destitución de los administradores, ni

aceptado el requerimiento, «*el notario se personará en el lugar, fecha y hora indicados en el anuncio*» [apartado 2)].

²⁹ La jurisprudencia se ha pronunciado de forma reiterada sobre los efectos sanatorios de la celebración de la Junta universal con respecto a los posibles defectos de la convocatoria ordinaria; *vid.* las citadas por VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, Cizur Menor (2007), p. 221, marginal J14.34 y ss.

³⁰ En la citada Resolución de 2 de enero de 1992 se subrayaba que todos los socios «*han firmado la diligencia de su inclusión*».

el nombramiento de los nuevos podía acceder al Registro si no se acreditaba la presencia de notario o hasta que transcurrieran tres meses desde la fecha de la anotación. Ese riesgo justificaba que los accionistas trataran de sustituir a los administradores.

Ya fuera mediante un requerimiento inmediato al notario que acudió a instancias de los administradores, pero en virtud de un requerimiento deficiente o insuficiente, ya recabando la presencia de otro notario que acudiera con urgencia al lugar de la Junta o por haberlo hecho antes junto con algún accionista, lo que se planteaba es que ese notario levantara el acta. Es notorio que faltaba el requerimiento de los administradores, pero se contaba con el de accionistas que estaban legitimados conforme al derogado artículo 114 LSA, por ser titulares de más del 1 por 100 del capital.

La admisión del acta notarial en estas circunstancias se convertía así en expresión de una suerte de autotutela de los accionistas, que repararían de esta manera el daño causado por el incumplimiento, doloso o negligente, de los administradores. Se dirá que se trata, al fin y al cabo, de un aspecto accesorio del desarrollo de la Junta y que no se entiende que el levantamiento del acta notarial se realice en función del arbitrio de los administradores, a pesar del expreso reconocimiento de los accionistas de poder solicitarlo.

3. El «requerimiento» del presidente de la Junta

Otra vía por la que se plantea la subsanación o superación de hecho de la ausencia del notario que debe redactar el acta de la Junta pasa por reconocer una facultad de requerir esa intervención a los órganos de la misma. La atención se vuelve, en particular, sobre quien actúa como presidente de la Junta. En el caso recogido en la STS de 4 de junio de 2009, en el que el notario dijo haber sido requerido por una accionista que actuaba como mandataria verbal de la sociedad y que había sido nombrada presidente de la Junta. Recuérdesse que tal cargo se elige en las Juntas de acuerdo con los criterios subsidiarios que enuncia el artículo 191 LSC, de manera que siempre resultará posible atribuir a un accionista aquella presidencia. La ausencia de los administradores o las disposiciones estatutarias no impedirán que, al fin y a la postre, los accionistas concurrentes elijan un presidente al comienzo de la reunión.

4. El acuerdo sobrevenido a favor de requerir el levantamiento inmediato del acta notarial

Cabe igualmente imaginar que la elaboración del acta notarial en el marco de una Junta ya iniciada no parta de accionistas legitimados o del presidente, sino

que se plantee como consecuencia de un acuerdo específico de la Junta, adoptado como cuestión previa y antes de entrar en el debate y decisión de los asuntos que integran el orden del día. Aparentemente, el respaldo a la presencia notarial recibe en ese supuesto un cualificado impulso, puesto que ya no es la voluntad de determinados sujetos supuestamente legitimados, sino la propia voluntad social.

5. El notario como secretario

El nombramiento del notario como secretario de la Junta no es un esfuerzo imaginativo adicional, sino otra de las circunstancias fácticas que se observan en el supuesto de hecho recogido en la STS de 4 de junio de 2009 y que ésta ensalza cara a su resolución. El artículo 191 LSC contempla que, salvo disposición contraria de los estatutos, el secretario de la Junta sea el del Consejo de administración, y en su defecto el designado por «*los socios concurrentes al comienzo de la reunión*» por medio del correspondiente acuerdo. Dado que la mayoría de esos accionistas tiene interés por contar con un acta notarial y dado que el secretario de la Junta debe redactar el acta, el silogismo se cierra con una proposición tan previsible como errónea desde el punto de vista jurídico: nombramos secretario de la Junta al notario y tendremos un acta notarial que será acta de la Junta sin necesidad de aprobación, visto bueno o firma adicional alguna. El error radica en que, como es notorio, el acta notarial de la Junta descarta cualquier intervención del notario ajena a la que determina al respecto la legislación mercantil y la notarial.

6. Rechazo de «*alternativas*» al artículo 203 LSC

Los supuestos analizados pueden ser completados con otros que la práctica societaria y la jurisprudencia se encarga de crear. Mas lo relevante es que en todos ellos nos encontramos ante un mismo dilema: dado que el interés legítimo por el levantamiento del acta notarial se ve defraudado por una conducta desleal (por activa o por pasiva) de los administradores, ¿cabe reconocer validez jurídica a soluciones de hecho orientadas a la satisfacción de ese interés? La cuestión tiene mayor trascendencia desde la vigencia de la LSC, ya que, como menciona: «*los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial*»; por tanto, la presencia del notario goza aún de mayor interés.

A favor de tal reconocimiento operan argumentos evidentes desde la mera justicia material. Su consecución no debiera verse obstaculizada por una interpretación del actual artículo 203 LSC, basada en un criterio formalista, de manera que la falta de un requerimiento de los administradores descarte siempre y en cualquier circunstancia que el notario levante el acta de la Junta.

Frente a esa posición se alzan, sin embargo, distintas consideraciones que aconsejan un análisis más prudente del aparente dilema. Las primeras son de

carácter parcial, fundadas en las dudas que suscitan las concretas soluciones que hemos apuntado. Comenzando por la admisibilidad del requerimiento a un notario realizado en el acto de la Junta por uno o más accionistas, no resulta complejo dibujar escenarios que hagan tambalearse esa opción. Tal sucede cuando frente al requerimiento que hacen unos accionistas titulares del 1 por 100 del capital, otros accionistas con igual o mayor participación esgrimen otro en idéntico sentido pero a favor de otro notario, presente o en camino. O con mayor motivo cuando este segundo grupo de accionistas se opone a la presencia de notario. No será menor el impedimento al acta notarial requerido por esos accionistas que los administradores se opongan a ello.

El requerimiento eventual por quien actúa como presidente de la Junta supone una abierta enmienda a lo dispuesto por el artículo 203 LSC, al atribuir a quien no menciona ese precepto una facultad —requerir el otorgamiento de acta notarial— reservada a los administradores. En segundo lugar, no son menores las dudas acerca de que esa decisión encuentre acomodo en las competencias legal y reglamentariamente atribuidas al presidente de la Junta. En tercer lugar, con las incertidumbres expuestas resulta claro que la decisión del presidente, que no sea administrador, difícilmente prosperará contra la oposición de éstos.

Por último, el levantamiento del acta derivado de un acuerdo de la Junta también conlleva cautelas considerables. La primera viene dada por el carácter completo del Orden del día, que, de acuerdo con una posición unánime, supone que aquellos acuerdos que impliquen abordar asuntos no incluidos en el orden del día puedan resultar inválidos³¹. La forma que puede adoptar el acta de la Junta general no es una de las excepciones legales que permitan la adopción de acuerdos sobre asuntos no previstos en el orden del día, por lo que la votación a favor del acta notarial parece, en principio, improcedente. Ahora bien, esa solución requiere una matización cuando ya se señaló en el anuncio de la convocatoria que se iba a requerir a un notario el levantamiento del acta de la Junta. Que llegada ésta el notario no comparezca podrá considerarse no sólo una infracción de un deber legal de los administradores (si hubo una o más solicitudes de accionistas con ese propósito), sino una deliberada confusión o engaño hacia los accionistas. Desde luego, estaríamos ante el supuesto ya señalado de un comportamiento desleal de los administradores, justificativo del planteamiento de la acción de responsabilidad, pero pudiera considerarse también que entonces el acta notarial, aun cuando no figuraba entre los asuntos del orden del día, sí aparecía en la convocatoria como un elemento previsible del desarrollo de la Junta. En esa línea, se dirá, lo que los administradores no hicieron puede ser sustituido por la Junta por medio de un acuerdo. Solución que, sin embargo, no debe acogerse.

No debe hacerse porque estamos ante un acuerdo que queda claramente fuera de las competencias de la Junta general. En contra del erróneo dibujo de la Junta

³¹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta general*, p. 118, y la jurisprudencia recogida en la nota 41.

como un órgano soberano, debe recordarse que uno de los claros límites de su competencia está constituido por la distribución de competencias legalmente introducida con respecto al órgano de administración³². Bajo la LSA de 1989, la correcta interpretación de cuáles eran los «*asuntos propios*» de la competencia de la Junta se dijo que pasaba por tener en cuenta «*la competencia que la misma Ley otorga a otros órganos*» (administradores, auditores o liquidadores)³³. El requerimiento del levantamiento del acta notarial es una competencia que de manera precisa se había atribuido a los administradores. Esa atribución, contenida en el derogado artículo 114 LSA, tenía el carácter de derecho necesario y así debía respetarse. Esta misma posición se puede mantener desde la vigencia de la LSC, cuyo artículo 160 enumera las competencias de la Junta, entre las que no se encuentra el requerimiento al notario para que levante acta notarial de la Junta. Asimismo, el artículo 203 LSC mantiene dicha competencia en poder de los administradores de la sociedad.

La lectura de estas páginas pone de manifiesto hasta qué punto cabe exponer un casuismo no alejado de la realidad, que invita a plantear soluciones distintas a la que en materia de requerimiento de acta notarial consagra el actual artículo 203 LSC. Pero ese ejercicio de imaginación o, si se prefiere, de observación de la práctica societaria no debe ignorar que en éste, como en otros muchos aspectos del funcionamiento de la Junta, el legislador opta por la solución que descarta en mayor grado los riesgos asociados a una deficiente celebración y documentación de la Junta.

Reconocer la validez del requerimiento del acta notarial en cualquiera de los casos que hemos examinado conlleva incertidumbres insalvables en una doble dirección. La primera atiende a la presunción de hecho de la que se parte siempre y a las limitaciones de la solución propuesta. En todos los casos analizados el notario se encuentra ante una realidad sobrevenida, en la que unos u otros (accionistas, presidente o la propia Junta) le requieren para que comience a dar fe de su desarrollo y que redacte el acta de una Junta, que se presume válidamente convocada y constituida. Sobre ambos extremos la intervención notarial es determinante, como prueban las exigencias contenidas en el artículo 101.1 RRM (sobre la convocatoria) y en el artículo 102.1, 3.ª RRM (sobre la constitución). Es cuestionable que pueda el notario así requerido cumplir con lo exigido en ambos preceptos.

La segunda orientación que lleva a rechazar finalmente cualquier requerimiento de acta notarial de Junta distinto del que puede o deben hacer los administradores es general. En el régimen de la Junta se aprecia un evidente interés por

³² Con relación a este principio, *vid.* las sucesivas Resoluciones recogidas por VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Sociedades anónimas*, p. 205, marginal J14.02.

³³ SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta general*, p. 53.

el orden y la previsibilidad, como elementos necesarios para el ejercicio de los derechos de los accionistas, el buen funcionamiento de la Junta y su culminación en la expresión de una voluntad social traducida en acuerdos válidos y eficaces. Cualquier situación imprevisible o ignorada en la preparación de la Junta es vista con desconfianza, principalmente prohibiendo el planteamiento de pretensiones o acuerdos alejados de los asuntos previstos.

En ese marco, la intervención notarial destinada a documentar el acta de la Junta es un factor orientado a reforzar el ordenado y previsible desarrollo de la Junta. Se trata de dejar constancia de lo que se ajusta a los criterios legales que presiden la celebración de la Junta, pero también de acreditar de manera singularmente privilegiada lo que no se hizo bien. Lo primero favorecerá la ejecución de lo acordado, como expresamente recoge el artículo 203.2 LSC (incluida su publicidad registral) y lo segundo la revisión jurisdiccional de lo ilícito (al ser el acta una prueba relevante de la posterior demanda de impugnación). Pero el acta notarial no debe servir para convalidar un anormal desarrollo de la Junta o para plasmar acuerdos irregulares que, a pesar de su grosera ilegalidad, encontrarán en la mencionada acta un refrendo de su aparente legalidad.

La intervención notarial que analizamos eludirá cualquier posible manipulación del acta siempre que se atenga a la regla del artículo 203 LSC y a las establecidas en el RRM. Los requisitos formales y temporales descartan situaciones jurídicamente dudosas. Lo contrario puede significar que el acta notarial se convierta en un instrumento cualificado para la culminación de abusos manifiestos.